

WYROK

z dnia 13 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 października 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 września 2015 r.**

przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G. Sp. j.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lublin**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Lublin: (i) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy CEZAR C. M. i P. G. Sp. j.; (iii) wezwanie wykonawcy CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. do uzupełnienia dokumentów wskazanych w punkcie 10.5.5 oraz 10.5.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia; (iv) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Lublin i:**
 - (i)** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **CEZAR C. M. i P. G. Sp. j.** tytułem wpisu od odwołania;
 - (ii)** zasądza od zamawiającego Gminy Lublin na rzecz odwołującego **CEZAR C. M. i P. G. Sp. j.** kwotę **11 100 zł** (jedenastu tysięcy i sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), na niniejszy wyrok –w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący

.....

Sygn. akt: KIO 2115/15

UZASADNIENIE

W dniu 29 września 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Lublin (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 poprzez utrudnianie uczciwej konkurencji;
- 2) art. 7 ust. 3 poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia Odwołującemu, który winien zostać wybrany zgodnie z przepisami ustawy;
- 3) art. 14 Pzp w zw. z art. 701 §4 Kodeksu cywilnego poprzez postępowania niezgodnie z warunkami przetargu (SIWZ);
- 4) art. 26 ust. 3 poprzez zaniechania do uzupełnienia wyników testu PassMark CPU Mark i testu PassMark G3D Mark.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o: (i) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (iii) wezwanie Odwołującego do uzupełnienia wyników testu PassMark CPU Mark i testu PassMark G3D Mark; (iv) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, a także dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego; (v) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 24 września 2015 r. otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Odwołującego i wskazywał niezgodność z treścią pkt 10.5.5. oraz pkt 10.5.6. SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 10.5.5 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą wyników testu PassMark CPU Mark i odpowiednio z 10.5.6 SIWZ wyników testu PassMark G3D Mark. Dokumentów tych Odwołujący nie złożył wraz z ofertą.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia ww. dokumentów. Obowiązek Zamawiającego, a nie jego uprawnienie, do wezwania wykonawcy wynika wprost z treści tego przepisu. W ocenie Odwołującego z treści zawiadomienia nie wynika jakiegokolwiek uzasadnienie dla odstąpienia od ustawowego obowiązku. Na obowiązek wezwania wskazuje ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych.

W ocenie Odwołującego brakujące wyniki testów stanowią potwierdzenie, że przedmiot oferty uzyskuje wyniki testów przekraczające minimum wymagane przez Zamawiającego, co jednoznacznie Odwołujący oświadczył w wypełnionym i złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 1 do SIWZ. Wyniki testów stanowią oświadczenia wiedzy a nie oświadczenia woli, a tym samym dokument nie stanowi oferty w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego. Dokument ten jest dokumentem wtórnym w stosunku do uprzednio złożonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oświadczeniem Odwołującego. W ocenie Odwołującego Zamawiający odstępując od obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp rażąco naruszył ustawę i istotnie wpłynął na wynik postępowania wypaczając jego rozstrzygnięcie.

Izba ustala co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”) oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 202890 – 2015 z dnia 7 sierpnia 2015 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów wymaganych przez Zamawiającego; (ii) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 września 2015 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego; (iii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Zakup sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem*”.

W Rozdziale 10 SIWZ Zamawiający opisał sposób przygotowania oferty. W pkt 10.5 Zamawiający wskazał, iż wykonawcy zobowiązani są złożyć następujące dokumenty i oświadczenia – pkt 10.5.5 - Wynik testu PassMark CPU Mark wydrukowany ze strony internetowej <http://www.cpubenchmark.net> w dniu nie wcześniejszym niż dzień opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do oferowanych procesorów komputerów, pkt 10.5.6 – wynik testu PassMark G3D Mark wydrukowany ze strony internetowej <http://www.videocardbenchmark.net/> w dniu nie wcześniejszym niż dzień opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do oferowanych kart graficznych. W pkt 10.6 Zamawiający wskazał, że dokumenty wymienione m. in. w punkcie 10.5.5 oraz 10.5.6 winny być złożone w formie pisemnej podpisane przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu wykonawcy. W załączniku nr 8 Zamawiający zawarł parametry oferowanego sprzętu, które podlegały punktacji, zaś w pkt 13.2 SIWZ opisał sposób oceny wyszczególnionych

parametrów technicznych. Wykonawcy byli zobowiązani załączyć wraz z ofertą wypełnione Załącznik nr 8 określając oferowane parametry (pkt 10.5.4 SIWZ).

Izba ustaliła, że Odwołujący nie załączył wymaganych wydruków testów, o których mowa w pkt 10.5.5 oraz 10.5.6. Odwołujący określił w Załączniku nr 8 parametry oferowanych urządzeń.

W dniu 12 października 2015 podczas posiedzenia z udziałem stron Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy dokumenty wymagane przez Zamawiającego w pkt 10.5.5 oraz 10.5.6 SIWZ stanowiły część oferty Odwołującego i nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp czy winny być traktowane jako dokumenty przedmiotowe potwierdzające, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego i jako takie podlegające uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, że wydruki z testów żądanych przez Zamawiającego w pkt 10.5.5 oraz 10.5.6 SIWZ winny być traktowane jako dokumenty przedmiotowe potwierdzające, że oferowane przez Odwołującego dostawy spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Ich niezłożenie przez Odwołującego wraz z ofertą zobowiązywało zaś Zamawiającego do wykorzystania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli

pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Ustawodawca nałożył więc na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1, a więc m.in. oświadczeń i dokumentów potwierdzających, iż oferowane dostawy spełniają wymagania stawiane przez zamawiającego. Mowa więc w przywołanej regulacji m. in. o uzupełnieniu dokumentów przedmiotowych, które potwierdzają jedynie treść oferty w zakresie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Ich charakter jest zatem wtórny do treści oferty, która jest uzewnętrzniona w innych dokumentach będących nośnikiem oświadczenia woli wykonawcy, np. zawartego w formularzu oferty.

W analizowanym stanie faktycznym z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia. Po pierwsze Odwołujący sprecyzował zakres swoje świadczenia w formularzu oferty oraz Załącznikach nr 1 i 8. Dokumenty te stanowią treść oferty Odwołującego, są oświadczeniem woli wykonawcy co do przeszłego przedmiotu świadczenia na rzecz Zamawiającego. To w załączniku nr 8 Odwołujący oświadczył jakie parametry techniczne osiąga sprzęt będący przedmiotem jego oferty. Wymagane przez Zamawiającego wydruki testów wskazane w pkt 10.5.5 oraz 10.5.6 SIWZ są elementem wtórnym do oferty i stanowią wyłącznie dokumenty potwierdzające, iż oferowane przez Odwołującego urządzenia spełniają parametry techniczne zawarte w treści oferty Odwołującego.

Po drugie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż umiejscowienie wymaganych przez niego wydruków testów w Rozdziale 10 – „Sposób przygotowania oferty” winno determinować i określać charakter dokumentów i ich znaczenie. O charakterze dokumentu decyduje bowiem jego treść, nie zaś jego umiejscowienie przez Zamawiającego w SIWZ. Gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego za zasadne zbędna byłaby w tym zakresie jakakolwiek regulacja ustawodawcy. Zamawiający bowiem samodzielnie dokonywaliby kwalifikacji wymaganych dokumentów, bez odniesienia do regulacji prawnych. Działanie takie nie znajduje jednak uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych. Ustawodawca bowiem wyraźnie

rozdzielił dokumenty potwierdzające, iż oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego od oferty. I o ile dopuścił możliwość uzupełnienia tych pierwszych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o tyle możliwość uzupełnienia i zmiany oferty zostały w istotny sposób ograniczona. Oczywistym również jest, że procedura przewidziana przez ustawodawcę w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do obejścia przepisów art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże z taką sytuacją nie mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. Nie ulega bowiem zmianie treść oświadczenia woli Odwołującego sprecyzowana w formularzu oferty i załącznikach nr 1 i 8, a uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty przedmiotowe potwierdzające wskazane w treści oferty parametry techniczne oferowanych urządzeń.

Podkreślić dalej należy, że zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę. Działanie Zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia jest właśnie przekroczeniem regulacji zawartych w ustawie Pzp. Ustawodawca bowiem jednoznacznie dopuścił możliwość uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi oraz roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zamawiający zaś poprzez umiejscowienie w SIWZ wymaganych wydruków testów w Rozdziale 10 SIWZ pozbawiał wykonawców możliwości uzupełnienia dokumentów przedmiotowych potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ, a tym samym wyłączył w tym zakresie w sposób nieprawidłowy możliwość powoływania się przez wykonawców na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wydruki wymagane przez Zamawiającego w pkt 10.5.5. oraz 10.5.6 SIWZ nie mogą być traktowane jako oświadczenie woli wykonawcy. Podpis złożony przez Odwołującego na wydruku może być wyłącznie traktowany jako oświadczenia wiedzy o tym, że dana osoba, w danej dacie, sporządziła przedmiotowy wydruk.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 i § 5 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010 r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania

odwoławczego kwotę 7.500,00 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500,00 złotych tytułem zwrotu uiszczanego wpisu i 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: